

ПРОВОКАЦИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЯ В ПРАВЕ ФРГ

Дмитрий ХАРЕВИЧ,

доцент кафедры ОРД Академии МВД Республики Беларусь,
кандидат юридических наук

АННОТАЦИЯ

В статье рассматриваются взгляды немецких исследователей на проблему провокации преступлений. На основании анализа источников выделены основные аспекты, обсуждаемые в рамках рассматриваемой темы, указаны критерии определения неправомерности провокационных действий. Автором приводятся примеры нормативного определения допустимости действий, рассматриваемых в контексте провокации. Проанализирован вопрос об условиях и правовых основаниях освобождения провокатора от уголовной ответственности в случае, если он действует по заданию правоохранительных органов для решения задачи борьбы с преступностью. Делается вывод о том, что институт крайней необходимости лишь в единичных случаях может рассматриваться как правовое основание освобождения от уголовной ответственности; наиболее часто таким основанием является отсутствие у провокатора умысла на достижение противоправного результата.

Как отмечают немецкие правоведы, по степени разработанности в научных исследованиях и количеству судебных решений, имеющих силу прецедента, провокацию можно рассматривать в качестве института уголовного права. Данные исследования имеют давнюю традицию. Так, в период 1899–1929 годов в Германии опубликовано более десятка работ, в которых непосредственно исследовалась эта тема. В современных учебниках по немецкому уголовному праву провокации также уделяется достаточное внимание, на ее примере рассматриваются многие базовые вопросы покушения, соучастия или умысла. Помимо этого, в последние годы можно отметить активизацию исследований вопроса провокации со стороны специалистов в сфере уголовного процесса, выражающуюся, в частности, в наблюдаемом по публикациям смещении акцента от материальных вопросов наказуемости провокатора к уголовно-процессуальным последствиям его использования [1, S. 485].

При описании аспектов провокационных действий правоведами часто используется понятие «агент-провокатор», под которым понимается действующий негласно служащий полиции или лицо, оказывающее ей содействие на конфиденциальной основе (далее – негласный сотрудник), целью деятельности которых является изобличение лица путем целенаправленного управления его поведением, при котором оно совершает уголовно наказуемое деяние [2, S. 15; 3, с. 50; 4, с. 184–185]. В большинстве случаев при этом происходит задержание лица на месте совершения деяния или с поличным. Некоторые исследователи толкуют понятие провокации весьма широко, понимая под этим также действия лиц, которые по заданию полиции производят расспросы граждан с целью выведать информацию, уличающую их самих в совершенном уголовно наказуемом деянии [5]. Уголовный

кодекс Германии к провокационным относит также некоторые действия, при которых жертвой становится сам провокатор; например, провоцирование убийства путем разжигания ярости, при котором факт провоцирования рассматривается как смягчающее вину обстоятельство [6, S. 1032]. В контексте освещаемого вопроса данные случаи рассматриваться не будут.

Достаточно широкое признание получило мнение, согласно которому в качестве провокации рассматриваются как действия лица, ограничивающегося конкретизацией уже имеющейся общей предрасположенности, так и действия, при которых у собеседника формируется общая, неконкретизированная предрасположенность к совершению уголовно наказуемых деяний [7, S. 4].

При обсуждении провокации в работах правоведов затрагиваются следующие проблемы:

- правомерность совершения тех или иных действий, относимых к провокационным, и процессуальные последствия провокации для следования;
- наказуемость агента-провокатора;
- допустимость участия (соучастия) лица, представляющего государство или действующего от его лица, в противоправных деяниях.

В целом учеными и практиками провокация признается недопустимой. Ориентиром для этого являются решения Европейского суда по правам человека, занимающего наиболее категоричную позицию в этом вопросе. Согласно указанным решениям любые действия агента-провокатора представляют собой тяжкое нарушение принципа справедливого процесса. Правозащитники также считают любую полицейскую провокацию тяжким посягательством на основополагающие принципы правового государства [1, S. 485; 3, с. 61]. В немецкоязычной литературе высказывается мнение о недопустимости использования полу-

ченных таким образом доказательств, необходимости оправдания спровоцированного и осуждения провокатора [7, S. 7].

В качестве контраргумента ученые, выступающие за допустимость некоторых провокационных действий [8, S. 706–707], приводят примеры, в которых использование агента-провокатора являлось единственным способом изобличения лица, длительное время осуществляющего скрытую противоправную деятельность или предпринимающего особые меры с целью избежать привлечения к уголовной ответственности.

На наш взгляд, наиболее взвешенная и прагматичная позиция присутствует в решениях Федерального верховного суда ФРГ и судебной практике ФРГ. В соответствии с ними каждый случай провокации оценивается в контексте конкретной ситуации и на основании толкования принципов права. Как правило, использование агентов-провокаторов рассматривается лишь как обстоятельство, смягчающее вину подсудимого в случае, если факт провоцирования будет доказан в суде и отражен в приговоре [3, с. 92].

Изучение судебной практики показывает достаточно широкий спектр возможных вариантов недопустимого провокационного поведения. С правовой точки зрения проблематичными являются случаи, когда, располагая не вполне проверенным подозрением, негласный сотрудник в той или иной форме провоцирует на совершение уголовно наказуемого деяния лицо, которое ранее незаконную деятельность не осуществляло. Подобные действия предвосхищают виновность подозреваемого, подталкивают к созданию благоприятных условий для совершения уголовно наказуемого деяния или побуждению лица к таковому без учета возможных обстоятельств, свидетельствующих о его невинности. Фактором, способствующим данным действиям, является затруднительность контроля со стороны вышестоящих руководителей полиции или государства в целом за совершаемыми негласно действиями [9, S. 3].

Общепризнанным является мнение, согласно которому негласный сотрудник не имеет права увеличивать степень противоправности деяний, которая уже реализована или должна будет реализоваться, а также инициативно провоцировать на совершение уголовно наказуемых деяний. Так, неправомерным является склонение к совершению уголовно наказуемого деяния, если первоначально замышляемое провоцируемым деяние уступает по степени общественной опасности деянию, к совершению которого лицо склоняют [10, S. 62–63, 64].

В качестве недопустимых рассматриваются также действия, направленные на демонстрацию заинтересованности в приобретении наркотиков у лица, в отношении которого отсутствуют обоснованные подозрения в сбыте наркотиков, а также действия, при которых у

торговца марихуаной будут пытаться приобрести более опасный наркотик – героин, или у мелкого наркосбытчика – оптовую партию наркотика.

Неправомерны действия негласного сотрудника, при которых последний способствует увеличению количества ввозимых в ходе контролируемой поставки или сбываемых в рамках проверочной закупки наркотиков, а также ввозу более опасного наркотика.

Недопустимы действия негласного сотрудника, при которых он торопит с проведением сделки или настаивает на ней, если сбытчик еще не определился в решении о продаже или колеблется в принятии решения.

Запрещена дальнейшая передача третьим лицам наркотиков, приобретенных негласным сотрудником.

Противоправным будет также искусственное создание негласным сотрудником ситуации необходимой обороны с целью нападения на провоцируемого [6, S. 207].

Однако при соблюдении ряда условий деятельность агента-провокатора может признаваться правомерной. Одним из них является наличие до начала предпринимаемых действий весомого подозрения в совершении тяжкого уголовно наказуемого деяния [6, S. 175; 8, S. 706].

Правомерными рассматриваются провокационные действия в отношении лица, которое стремится совершить уголовно наказуемое деяние, подтверждает это своими высказываниями и настойчиво ищет его объект [2, с. 184–185].

Использование негласным сотрудником целенаправленного воздействия на лиц, подозреваемых в совершении уголовно наказуемых деяний, должно быть согласовано со служащими полиции, наделенными соответствующими полномочиями. При этом требуется получение санкции прокуратуры.

Действующий в рамках задания негласный сотрудник не обязан занимать исключительно пассивную позицию, например, осуществляя проверочную закупку. С его стороны допускается конкретизация уже принятого обоснованно подозреваемым лицом решения о совершении уголовно наказуемого деяния, например, в форме демонстрации своей готовности приобрести запрещенный товар или оплатить приобретаемое по приемлемой цене. Как правомерные рассматриваются действия, при которых негласный сотрудник договаривается о времени и месте передачи наркотиков, торгуется о цене за них при наличии уже достигнутой договоренности о сбыте [7, S. 4].

Большинство исследователей и правоприменителей едины во мнении о необходимости выработки определенных критериев оценки действий как провокационных. Наряду с этим правоведами признается сложность нахождения однозначного разрешения этих вопросов в рамках правовых формулировок. В частности, делается ссылка на наличие проблемы отгра-

ничения правомерных действий от противозаконных, поскольку, чем более общим будет описание допустимого поведения, тем выше опасность того, что негласный сотрудник совершит наказуемое деяние; чем более узко такое описание будет сформулировано, тем в более сложную ситуацию будет поставлен негласный сотрудник в процессе выполнения задания в криминогенной среде [10, S. 62–63].

На основе обобщения судебных precedентов Федеральным верховным судом ФРГ указан ряд факторов, которые должны приниматься во внимание при оценке правомерности провокационных действий. Это основания и степень подозрения в отношении лица; вид, интенсивность и цель воздействия; наличие сформировавшегося умысла на совершение уголовно наказуемого деяния; имевшие место ранее противозаконные деяния лица.

На наш взгляд, примером законодательно-го запрета провокации может являться норма § 36 абз. 3 Закона Нижней Саксонии об общественной безопасности и порядке, согласно которой лиц, оказывающих содействие полиции на конфиденциальной основе, нельзя использовать с тем, чтобы:

1) пробуждать в лице, которое не готово к совершению уголовно наказуемого деяния, решимость к его совершению или

2) склонять лицо, готовое к совершению деяния, на совершение более тяжкого деяния или

3) собирать данные с помощью средств или методов, которые не разрешено использовать полиции.

Ряд исследователей рассматривают вопросы о допустимости провокации через призму действий агента-провокатора. В качестве основания ими используется тезис о том, что недопустимыми будут те действия, при которых агент-провокатор совершает противоправное деяние. Таким образом, решение вопроса о допустимости провокации увязывается с проблемой ответственности агента-провокатора за его действия. Не вызывает разногласий мнение о том, что агент-провокатор, умышленно стремящийся к достижению противоправного результата, подлежит уголовной ответственности. Вместе с тем существенная часть усилий ученых посвящена оправданию действий данной категории лиц. Это связано с тем, что за исключением крайних случаев умышленного противозаконного поведения, выходящего за рамки данных заданий, негласные сотрудники освобождаются от уголовной ответственности при наличии признаков провокации или же наказание им смягчается. При этом суд основывается на том, что агент-провокатор действовал в целях расследования уголовно наказуемого деяния, то есть в общественных интересах. Социальным контекстом данного отношения является массовое использование полицией агентов-провокаторов в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотиков, при котором в их задачи

входит изобличение наркдилеров, сопровождающееся актами приобретения или сбыта наркотиков [1, S. 485; 6, S. 289].

Вопрос об ответственности агента-провокатора правоведа пытаются разрешить с позиций как материального, так и процессуального права. Многие исследователи ищут оправдания действий агента-провокатора путем толкования закрепленных законодательно института крайней необходимости, освобождения уголовной ответственности, а также норм Уголовно-процессуального кодекса. Они склоняются к точке зрения согласно, которой при осуществлении заранее спланированных полицией мероприятий (например, закупки наркотиков) крайняя необходимость может использоваться в качестве оправдывающей нормы лишь в исключительных случаях [1, S. 486; 3, с. 61], поскольку в подобных ситуациях отсутствует непосредственная опасность, а соотношение предотвращаемого и наносимого ущерба дает отрицательный результат [7, S. 2]. Исключение – случаи, когда жизни или здоровью негласного сотрудника угрожает опасность [10, S. 62–63; 2, S. 17]. Тем не менее, институт крайней необходимости не может быть применим в качестве нормы, упрямочивающей на совершение действий, ограничивающих основные права граждан [1, S. 486].

Критике подвергается также мнение ученых, пытающихся оправдать совершение агентом-провокатором правонарушения или преступления необходимостью раскрытия иного противоправного деяния. Это является недопустимым, поскольку цель расследования не может оправдывать любое средство ее достижения. Более того, наличие признаков состава уголовно наказуемого деяния в действиях провокатора противоречит целям государства в обеспечении правопорядка [1, S. 486].

Таким образом, немецкие правоведа приходят к заключению о необходимости формулирования в законодательстве нормы, дающей полномочия на деятельность агента-провокатора, которая может использоваться в качестве оправдывающего основания [1, S. 486]. До введения ее в действие принятие судом решения об ответственности агента-провокатора должно основываться на учете вида и интенсивности воздействия на провоцируемого, факта принятия им решения о совершении уголовно наказуемого деяния независимо от действий агента-провокатора, а также наличия подозрения в совершении уголовно наказуемого деяния до привлечения агента-провокатора [6, S. 289].

Многие немецкие исследователи материального права ищут оправдание действий агента-провокатора в сфере учения о составе уголовно наказуемого деяния. Так, в литературе отмечается отсутствие состава уголовно наказуемого деяния в действиях агента-провокатора применительно к участию негласных сотрудников в приобретении наркотиков, высказывается мнение о том, что такие действия не наносят ущерба общественным благам, поскольку

ку участие представителя правоохранительного органа исключает абстрактную опасность правоохраняемым благам [8, S. 403].

Некоторые правоведы рассматривают вопросы ненаказуемости агента-provokatora через призму понятий «подстрекательство» и «покушение на совершение уголовно наказуемого деяния» [1, S. 485]. При этом действия такого лица оправдываются учеными тем, что подстрекательство или покушение не будут иметь места, поскольку умысел provokatora направлен лишь на склонение лица к совершению покушения или на покушение как таковое, но не на совершение объективной стороны деяния в полном объеме в расчете на то, что дальнейшие деяния будут пресечены полицией [6, S. 175].

Данному мнению оппонируют исследователи, считающие подобные ситуации нереальными, поскольку в действительности деятельность агента-provokatora не ограничивается покушением или даже подстрекательством, а характеризуется выполнением действий, формально составляющих объективную сторону состава уголовно наказуемого деяния. Согласно их позиции проблему следует рассматривать в терминах исполнительства и окончания деяния [1, S. 485].

Признано мнение, что в случае использования агента-provokatora для раскрытия уголовно наказуемых деяний, создающих абстрактную опасность, при которых момент окончания действий, составляющих объективную сторону состава, и момент наступления противоправного результата разделены во времени (например, незаконный оборот наркотиков) виновность агента-provokatora исключается, так как он своими своевременными действиями предотвращает завершение действий, составляющих объективную сторону состава или нанесение ущерба правоохраняемым благам [6, S. 175].

Ответственность агента-provokatora за пособничество будет исключена, поскольку его воля не направлена на содействие совершению уголовно наказуемого деяния по причине допущения им негодности средств его совершения, в том числе в связи с осознанием неизбежного вмешательства полиции после ее информирования [6, S. 178].

Более современные исследования, результаты которых нашли свое отражение в решениях Федерального верховного суда ФРГ, говорят о том, что вопрос о виновности агента-provokatora исключается, так как его действия лишь с формальной стороны соответствуют составу уголовно наказуемого деяния, но не направлены на достижение противоправного результата [6, S. 143].

Вместе с тем данный взгляд подвергается критике, а исследователи предлагают более концептуальные пути решения рассматриваемой проблемы [1, S. 488–491].

Учитывая отсутствие в ФРГ полного запрета на обсуждение вопросов использования не-

гласных сотрудников, научная общественность и правоприменители достаточно хорошо осведомлены о сущности, основных особенностях данной работы и не питают иллюзий в отношении морального облика и законопослушности лиц, оказывающих полиции содействие на конфиденциальной основе [9, S. 2]. В трудах правоведов также обоснованно указывается на объективную необходимость участия негласного сотрудника в незаконной деятельности или, как минимум, создания видимости такого участия в целях обеспечения личной безопасности и успешного выполнения даваемых им заданий. В этой связи при обсуждении вопросов провокации неизбежно затрагиваются такие проблемы, как допустимость соучастия негласного сотрудника в противоправной деятельности [3, с. 62].

В нормативных документах содержится запрет на такие деяния, он касается также уголовно наказуемых деяний, обусловленных криминогенной средой, в которой находятся рассматриваемые лица (например, незначительные деяния, связанные с хранением наркотиков для личного потребления и т.д.) [10, S. 62–63]. Данная формулировка имеет определенный подтекст, поскольку с учетом рассмотренных выше особенностей ряд деяний не рассматривается в качестве правонарушений в связи с отрицанием наличия состава уголовно наказуемого деяния в действиях рассматриваемой категории лиц.

Так, ненаказуемым будет соучастие в покушении на совершение уголовно наказуемого деяния, если покушение ненаказуемо, а отсутствие в действиях негласного сотрудника умысла на совершение уголовно наказуемого деяния исключает ответственность за умышленное деяние.

Некоторые ученые обосновывают отсутствие противоправности правомерной крайней необходимостью (§ 34 Уголовного кодекса Германии^{*}), со ссылкой на принцип целесообразности^{**} и признают оправданным закрепление в законодательстве ряда федеральных земель критериев, при соблюдении которых негласный сотрудник может совершать деяния, обусловленные криминогенной средой [10, S. 62–63, 64].

* § 34 Уголовного кодекса Германии: Правомерная крайняя необходимость.

Кто совершает деяние в условиях наличной, иначе непредотвратимой опасности для жизни, здоровья, свободы, чести, собственности или другого правового блага, чтобы отвратить опасность от себя или других, действует не противоправно, если при сравнении противостоящих интересов, а именно, затронутых правовых благ и степени угрожающей им опасности, защищаемый интерес значительно превосходит тот, которому причиняется ущерб. Однако это положение применимо постольку, поскольку деяние является соразмерным средством для предотвращения опасности.

** Принцип целесообразности подразумевает свободу в выборе наиболее оптимального образа действий в пределах допустимого спектра вариантов поведения в конкретной складывающейся ситуации.

В связи с этим праведы полагают, что уголовная ответственность за такие деяния, как воспрепятствование наказанию или исполнению наказания, в том числе должностным лицом, совершенные путем бездействия*** (§§ 258, 258а, 13 УК), может быть исключена при наличии угрозы жизни или здоровью лица [2].

В остальном вопросы наказуемости действий агента-provokatora решаются с использованием рассмотренных выше оснований.

Таким образом, взгляды исследователей на данную проблему далеки от единства и отражают широкий спектр мнений: от полного отрицания до толерантного отношения. Абсолютно негативное отношение и неприятие провокации не является очевидным и общепризнанным. Рассмотрение позиций правоведов о том, какие деяния следует относить к провокационным, также расходятся. Их спектр настолько широк, а характерные черты, с помощью которых определяется провокация, сформулированы настолько нечетко, что вопрос о признании деяния провокационным переходит из правовой плоскости в сферу нравственно-этическую. Поскольку у разных социальных групп и разных людей представления о морали различаются, такой подход, очевидно, непродуктивен. Обоснованным представляется прагматичный подход, опирающийся на институты уголовного права, в соответствии с которым каждый случай провокации рассматривается в контексте соотношения интенсивности действий provokatora, тяжести деяния провоцируемого и сопутствующих этому обстоятельств. Действия provokatora могут оцениваться как неправомерные, правомерные при определенных условиях или незаконные, и влечь за собой процессуальные последствия для расследуемого уголовного дела.

Несмотря на определенные сложности, предпринимаются попытки законодательного определения правомерности действий, рассматриваемых в контексте провокации. Полагаем, что нормы, в которых сформулированы критерии неправомерной провокации, могут быть

использованы для совершенствования отечественного законодательства. Особое внимание правоведами уделяется вопросу отыскания правовых оснований для освобождения provokatora от уголовной ответственности как лица, действующего по заданию правоохранительных органов и решающего задачи борьбы с преступностью. Общепризнанным является мнение, согласно которому институт крайней необходимости лишь в единичных случаях может рассматриваться правовым основанием освобождения от уголовной ответственности. Наиболее часто им является отсутствие у provokatora умысла на достижение противоправного результата.

1. Sommer, U. Das tatbestandlose Tatverhalten des Agent Provocateur / U.Sommer // Juristische Rundschau. – 1986. – Heft 12. – S. 485–491.
2. Krey, V. Kriminalitätsbekämpfung um jeden Preis? Zur kontinuierlichen Ausweitung des Bereichs Verdeckter Ermittlungen / V.Krey // IRP-Rechtspolitisches Forum. – 2003. – №9. – S. 3–31.
3. Гесснер, Р., Херцог, У. За фасадом права: Методы новой тайной полиции = Gössner R., Herzog U., Im Schatten des Rechts: Methoden einer neuen Geheim-Polizei. / Р.Гесснер, У.Херцог / пер. с нем. Л.Ф.Маковкин, отв. ред. Т.Г.Морцакова, авт. предисл. Б.С.Крылов, рец. Ф.М.Решетников. – М.: Юрид. лит., 1990. – 224 с.
4. Хаклэндер, У. Правовая основа деятельности германской криминальной полиции по борьбе с организованной преступностью / У.Хаклэндер // Теоретические, прикладные и исторические аспекты функционирования правового государства в России: межвуз. сб. науч. тр. – Смоленск: Юридический институт МВД России, 1998. – С. 172–191.
5. Weiler, E. Befragung von Beschuldigten oder aussageverweigerungsberechtigten Zeugen im Ermittlungsverfahren durch V-Leute / E.Weiler. // Goldammer's Archiv. – 1996. – S. 101–107.
6. Dreher, E. Strafgesetzbuch und Nebengesetze / E.Dreher, H.Tröndle. – 47., neubearbeitende Auflage. – München: Verlag C.H.Beck, 1995. – 1812 S.
7. Albrecht, P. Anmerkungen zur verdeckten Ermittlung in Verfahren wegen Widerhandlungen gegen BetrMG / P.Albrecht. – Basel, 2005. – 9 S.
8. Meyer-Goßner, L. Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen / L.Meyer-Goßner. – 49. neu bearbeitete Auflage. – München: C.H.Beck, 2006. – 2148 S.
9. Meyer, N. Verdeckte Ermittlung / N.Meyer // Kripmedia [Elektronisches Ressource]. – Hamburg: Universität Hamburg, Institut für Kriminologische Sozialforschung, 2005. – Aufrufsmodus: <http://www.kriminologie.uni-hamburg.de/wikka.php?wakka=VerdeckteErmittlung>. – Aufrufsdatum: 31.08.2005.
10. Gropp, W. Rechtsvergleichender Querschnitt / W.Gropp. – Freiburg, 1994. – 82 S.

*** Например, когда негласно действующий служащий полиции становится свидетелем совершения преступления, и не предпринимает действий, направленных на его пресечение.

ANNOTATION

Opinions of German researchers on the problem of the provocation of crime are considered in the article. On the basis of the analysis of sources principal issues of the topic are revealed and criteria for the determination of illegitimacy of provocative activities are indicated. Examples of legal regulations of admissibility of actions considered to be provocative are given by author. The issue of conditions and legal grounds of exemption of agent provocateur from criminal liability if such person acts on the legitimate instructions of law enforcement agency is examined. The conclusion is made that institution of the absolute necessity only in few cases can be considered as a legal ground of exemption of agent provocateur from criminal liability. The absence of criminal intent of agent provocateur to reach a criminal result is used more frequently as such ground.

Поступила в редакцию 03.12.2009